

## استصحاب و اصاله اللزوم

### روشنعلی شکاری\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۷/۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۱۰/۲۱)

#### چکیده:

لزوم عقد حکم شرعی و قانونی است که فقیه و حقوق دان برای استنباط حکم شرعی و قانونی ابتدا سراغ اماره و دلیل اجتهادی می‌رود؛ چنانچه بعد از فحص بقدر وسع، از دسترسی به آن مایوس شد برای رفع تحیر و سرگردانی خود و دیگران به ادله فقهاتی یعنی اصول عملیه رجوع می‌کند؛ حال اگر از امارات اجتهادی یعنی کتاب و سنت و امثال آن نتوانست این حکم را استنباط کند، می‌تواند از اصول عملیه کمک بگیرد. یکی از اصول چهارگانه عملی، استصحاب است؛ با اجرای استصحاب کلی قسم دوم می‌توانیم بگوییم چنانچه در عقد بیع و سایر عقدهای معاوضی بلکه شبه معاوضی یکی از طرفین بدون رضای دیگری از عقد عدول و آن را فسخ کند اثر عقد را می‌توان ابقاء کرد، زیرا مراد از لزوم گاهی همین معنا است. به عقیده برخی از دانشمندان حقوق اسلامی هم در عقود تقلیقی و هم در عقود تنجیزی می‌توان به کمک استصحاب لزوم عقد را اثبات کرد و تحقیق این مطلب مطالعه بیشتر را نیازمند بود. لذا طرح مسئله ضروری به نظر می‌رسید؛ و پس از تحقیق به این نتیجه خواهیم رسید که لزوم عقیده‌های تقلیقی مثل عقد مسابقه و مرامات را نمی‌توان با استصحاب اثبات کرد؛ لازم به ذکر است که علماء اخباری عقیده دارند چه در عقود تقلیقی و چه در عقود تنجیزی با اصل استصحاب نمی‌توان لزوم عقد را اثبات کرد.

#### واژگان کلیدی:

اصاله اللزوم - استصحاب - اماره اجتهادی - اماره فقهاهی - خیار - استصحاب تقلیقی - استصحاب تقدیری - اصل موضوعی.

## طرح مساله

یکی از قواعد فقهی و حقوقی «اصل لزوم قراردادها» است، اصل گاهی به معنای «راجع» است به این جهت که اکثر افراد عقود به صورت لازم منعقد می‌شوند و گاهی به معنای «قاعده» است به این جهت که از عموم و اطلاق ادله استفاده می‌شود که فسخ بدون رضای طرف مقابل مؤثر نیست. و گاهی به معنای لغوی است یعنی در لغت واژه «عقد» وضع شده است تا دلالت بر لزوم کند. هیچ‌یک از این سه معنا محل بحث ما نیست، بلکه می‌خواهیم بگوییم که اصل گاهی هم به معنای استصحاب است؛ بدین معنا که به مجرد فسخ یکی از طرفین، بدون رضای طرف دیگر و بدون مجوز شرعی و قانونی اثر عقد زائل نخواهد شد. ابقاء اثر عقد همان استصحاب است و منظور از لزوم عقد هم چیزی جز ابقاء اثر عقد بعد از فسخ یکی از آن دو نیست.

## مقدمه

قبل از علامه حلی (ره) در کتب فقه‌های امامیه، اصطلاح «اصل لزوم عقد» و یا «اصاله‌اللزوم» به چشم نمی‌خورد. بعد از علامه، فقها به تبع وی گفته‌اند: اصل در بیع لزوم است زیرا شارع بیع را وضع کرده است تا دلالت بر نقل ملک کند و اصل استصحاب است. عبارت علامه چنین است «الاصل فی البیع اللزوم لان الشارع وضعه لیفید نقل الملک من البایع الی المشتري و الاصل الاستصحاب» (تذکره، ج ۱، ص ۵۱۵، مکاسب، ۲۱۴).

البته علمای اخباری به این اصل اعتقادی ندارند به این استدلال که اصل لزوم نه تنها موافق با احادیث نیست بلکه بر خلاف منطوق احادیث وارده از اهل بیت علیهم السلام می‌باشد. از طرفی قراردادها مشروط به قیود و شروطی می‌شوند که این قیود بعضاً صحیح هستند و بعضاً فاسد؛ و تمیز بین آنها منوط به سماع از اهل بیت (ع) می‌باشد. زیرا آنها هستند که می‌دانند چه چیز موافق کتاب خدا است و چه چیز برخلاف آن. هم چنین اصل نمی‌تواند در این ترکیب به معنای حالت راجحه و یا حالت سابقه باشد چه آن که اکثر افراد بیع به خاطر خیار مجلس به صورت جائز منعقد می‌شوند نه لازم. لذا «رجحان» به معنای غلبه بی معنا است همین‌طور عقد حالت سابقه ندارد تا مراد از اصل، حالت سابقه باشد (فوائد مدینه، محدث استرآبادی، ص ۴۰۳ و ۴۰۴).

بدیهی است اصل به معنای حالت راجحه نمی‌تواند مقصود علامه باشد هر چند بعضی از شارحین عبارت او، یعنی محقق دوم برای توجیه این احتمال به «غلبه» استناد کرده و گفته است ارجح در بیع لزوم است نظر به این که اکثر افراد بیع به حالت لازم منعقد می‌شوند؛ عین عبارت محقق دوم چنین است: «... و ان الارجح فیه ذلک نظراً الی ان اکثر افراد علی اللزوم» (جامع المقاصد، ج ۱، ص ۲۴۱). زیرا غلبه و رجحان نهایتش افاده ظن است و ظن حجت نیست مگر

آن که دلیلی بر حجیت آن در بین باشد؛ به بیان دیگر عمل به ظن حرام است مگر آن که آن ظن از ظنون خاصه باشد.

همچنین به نظر نمی‌رسد اصل به معنای «قاعده» مقصود علامه باشد. به قول شیخ انصاری هر چند این معنا خوب است ولی با سیاق عبارت تذکره سازگار نیست (همان منبع) تنها اصل به معنای استصحاب و لغوی مقصود علامه است. علامه پس از تاسیس اصل لزوم، خروج از آن را فقط در دو جا تجویز می‌کند: اول خیار و دیگری ظهور عیب؛ زیرا می‌گوید: لا یخرج من هذا الاصل الا بامرین احدهما ثبوت الخیار لهما او لاحدهما... و الثانی: ظهور عیب فی احد العوضین. در وجه عطف ظهور عیب بر خیار باید گفت: این عطف یا از مصادیق عطف خاص بر عام است، زیرا ظهور عیب سبب خیار است و اگر نام سبب را بر مسبب بگذاریم نام آن خیار عیب خواهد شد پس به قول محقق دوم خاص بر عام عطف شده (جامع المقاصد، همان منبع). و یا آن که وجهش مغایرت خیار عیب با سایر خیارها است؛ در سایر خیارها صاحب خیار یا باید بیع را فسخ کند و یا مجاناً یعنی بدون ارش آن را امضا کند ولی در خیار عیب در صورت امضا، لازم نیست مبیع را مجاناً نگهدارد بلکه می‌تواند جزئی از ثمن را که به آن ارش گفته می‌شود، پس بگیرد.

ناگفته نماند علامه در کتاب دیگرش یعنی مختلف الشیعه در توجیه قول شیخ طوسی که بر این قول رفته است که عقد مرامه (= تیراندازی) مثل جعاله از عقود جایزه است و در رد قول ابن ادریس حلی که بر این قول رفته است که عقد مزبور مثل اجاره از عقود لازمه است به «اصل عدم لزوم» تمسک جسته و گفته است قول اول موجه می‌باشد دلیل ما اصل عدم لزوم است (مختلف الشیعه). عبارت علامه چنین است: ذهب الشیخ فی المبسوط و الخلاف الی ان عقد الرمی من العقود الجائزه کالجعاله لامن العقود اللازمه کالاجاره و قال ابن ادریس انه من العقود اللازمه و الوجه الاول لنا الاصل عدم اللزوم.

به نظر می‌رسد در این جا نیز مقصود علامه از اصل همان استصحاب است زیرا به مجرد عقد مسابقه و مرامه کسی مالک مال السبق و مال الرمایه نمی‌شود تا بقاء مالکیت و عدم زوال آن بدون رضای طرفین استصحاب شود.

آری اگر استصحاب تقدیری (= تعلیقی) را حجت بدانیم دیگر وجهی برای توجیه اصل عدم لزوم باقی نمی‌ماند هر چند شیخ انصاری در رسائل ذیل تنبیه چهارم از تنبیهات استصحاب، استصحاب تعلیقی یا تقدیری را حجت می‌داند و می‌گوید: در اجرای استصحاب فرقی بین انحاء تحقق مستصحب وجود ندارد، مستصحب به هر نحوی که ثابت شود در صورت شک در زوال، اصل بقاء آن است زیر می‌گوید: فکل نحو من التحققت ثبت للمستصحب و شک فی ارتفاعه، فالاصل بقاءه (رسائل، ج ۲ ص ۶۵۳ و ۶۵۴). اما در مکاسب در مقام تقریر اصل

عدم لزوم مسابقه و مرامات می‌گوید: وجه صحیحی برای بیان اصل عدم لزوم به چشم نمی‌خورد آری این اصل در خصوص مسابقه و شبه آن که متضمن تملیک یا تسلیط نیست، خوب است (مکاسب، ص ۱۶). عبارت شیخ چنین است: و لم یکن وجه صحیح لتقریر هذا الاصل نعم هو حسن فی خصوص المسابقه و شبهه مما لا یتضمن تملیکاً او تسلیط (خ.ل تسلیماً).

به هر حال، مقصود از بیان مقدمه فوق، این است که بگوییم اهل استنباط و اجتهاد، مثل علامه حلی اصلی تاسیس می‌کنند که به هنگام شک در لزوم عقد به آن رجوع می‌شود و آن اصل چیزی جز استصحاب نیست. بدین معنا که اثر عقد به مجرد فسخ یکی از طرفین بدون رضای دیگری زائل نخواهد شد و اصل بقاء آن اثر است مگر آن که اصل موضوعی بر خلاف استصحاب در بین باشد و ثابت کند که آن عقد جایز است نه لازم. مثل این که تملیک بدون عوض صورت گرفته باشد اما ندانیم که آیا مالک اول، قصد تقرب به خداوند را کرده است تا صدقه باشد و صفت لزوم را برای آن اثبات کنیم و یا بدون قصد تقرب تملیک کرده تاهبه باشد و صفت جائز را برای آن اثبات کنیم. چون اصل عدم قصد قربت است؛ هبه اثبات خواهد شد و صفت هبه جواز است نه لزوم (مکاسب، ص ۲۱۶). در این مثال از آنجا که اصل عدم، حکم واقعه جزئی را روشن کرد لذا اصل موضوعی نامیده شد اما اگر استصحاب، حکم کلی لزوم را اثبات می‌کند یعنی ثابت کند که صفت عقد صرف نظر از عقدی که جاری شده است لزوم است نه جواز به این اصل، اصل حکمی گفته می‌شود؛ استصحاب کلی قسم دوم، نوع عقد لازم را تعیین نمی‌کند که مثلاً عقد جاری شده بیع است تا آثار مخصوص بیع مثل خیار حیوان، خیار مجلس و خیار شفعه و غیر آن، جاری شود و یا هبه است تا آثار مخصوص هبه مثل جواز رجوع بر آن جاری شود (مکاسب، همان منبع).

به هر حال مناسب است که بحث خود را طی دو فصل دنبال کنیم. فصل اول را به بررسی ماهیت عقد و اقسام عقد اختصاص دهیم تا روشن شود محل بحث کجاست و فصل دوم را اختصاص به استصحاب کلی و اقسام آن اختصاص، تا معلوم شود کدام قسم از اقسام استصحاب، صفت لزوم را برای عقد اثبات می‌کند.

### فصل اول: گفتار اول، ماهیت عقد

عقد که در زبان فارسی مرادف با پیمان و یا قرارداد است در اصل به معنای گره زدن ضد گشودن و حل است اما در عرف به پیمان اکید و عهد شدید عقد می‌گویند؛ این شعر را به حُطینه نسبت می‌دهند که گفته است:

«قومُ اذا عقدوا عقداً لجارهم      شدوا العناجَ و شدوا فوقه الکرباء

(نقل از تبیان شیخ طوسی، ج ۳، ص ۴۱۴) عناج = حزام به معنای کمر بند و تنگ زین و پالان است و

کرباء ریسمانی است که بار را بر پشت حیوان بار بر استوار و محکم می‌کنند یعنی این قوم چنان قومی هستند که اگر قراردادی برای همسایه خود جاری کنند آن را چنان محکم می‌کنند که بار را بر پشت حیوان.

به عقیده بعضی این توهم که عقد همان عهد شدید و پیمان اکید است توهمی فاسدی است زیرا عقد چیزی جز گره زدن نیست اما عهد صرفاً جعل و قرار است (حاشیه مکاسب، غروی اصفهانی، ۲، ص ۷).

ولی با مراجعه به کتب لغت مشاهده می‌کنیم که عقد و عهد با هم مترادف هستند و در مقام استعمال بجای یکدیگر به کار برده می‌شوند. در مجمع‌البحرین آمده است که رابطه عقد و عهد رابطه عموم و خصوص مطلق است هر عقدی عهد است اما هر عهدی عقد نیست زیرا عقد قائم به دو نفر است ولی عهد گاهی قائم به یک نفر (مجمع‌البحرین واژه عقد).

در خبر بیعت از ابن‌التیهان نقل است که به پیامبر اکرم عرض کرد: «ان بیننا و بین القوم حبلاً و نحن قاطعوها» یعنی بین ما و قوم مورد نظر ریسمانی است که ما آن را می‌بریم؛ در این خبر از عهد و پیمان به ریسمان تعبیر شده و پیمان هم بین امیر و رعیت است فلذا معاهده و معاهده را می‌توان بجای یکدیگر استعمال کرد به هر حال هم در عقد و هم در عهد استیثاق و شد وجود دارد. به قول فاضل طریحی از آنجا که با عهد امان منعقد می‌شود لذا از عهد و یا عقد به ریسمان تعبیر شده است چون با ریسمان چیزها را به یکدیگر می‌بندند (مجمع‌البحرین واژه عقد). در قرآن کریم نیز از عقد امان به عهد تفسیر شده است؛ آنجا که فرمود: فاتموا الیهم عهدهم الی مدتهم (سوره توبه آیه ۴) یعنی اگر به کافر حربی تا مدتی امان داده‌اید به آن پایبند باشید؛ امان اجابت تقاضای کافر برای ترک جنگ است البته صیغه خاص ندارد. به قول علامه حلی اگر به فارسی هم بگویید مترس (ای لا تخف) امان منعقد خواهد شد.

### گفتار دوم: اقسام عقد

برای پی بردن به محل بحث خالی از فایده نیست که بگوییم عقود را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

اول: عقود اذنی: در این عقدها که عقدهای امانی هم نامیده می‌شوند مثل ودیعه، عاریه و مضاربه قوام آنها وجوداً و عدماً دائر مدار اذن می‌باشد؛ تا اذن موجود است عقد هم هست و به مجرد زوال اذن عقد هم از بین می‌رود و شان این عقود آن است که با جنون، و موت و نظایر آن از بین خواهند رفت؛ فلذا با فسخ از ناحیه مالک از آن جا که اذن زائل می‌شود، عقد هم زائل خواهد شد، و استصحاب حالت سابقه در آنها بی معنا است. به قول محقق نائینی

خروج این عقود از شمول اوفوا بالعقود خروج موضوعی و تخصصی است (منیه الطالب، ج ۲، ص ۹).

یعنی به عقود امانی واقعاً و حقیقتاً عقد گفته نمی‌شود تا برای خارج کردن آنها از باب عقود احتیاج به مخصص و نص خاص داشته باشیم؛ آری از حیث شکلی به امانات عقد گفته می‌شود چون برای تحقق آنها رضای طرفین شرط است؛ ولی شرط بودن دو رضا کافی نیست که عنوان عقد حقیقتاً بر آن صدق کند زیرا برای صدق عقد لازم است دو رضا آنچنان به هم گره زده شوند که در عالم اعتبار قابل گشودن نباشد.

آری ممکن است عدم فسخ در ضمن عقد خارج لازمی شرط شود؛ در این صورت آیا می‌توان گفت؛ عقد جایز منقلب به عقد لازم شده است یا نه؟ هر چند بعضی از حقوقدانان اسلامی قائل به لزوم شده‌اند به این استدلال که وفاء به شرط واجب است و عقد اذنی منافاتی با لزوم ندارد اگر لزوم آن در ضمن عقد لازمی شرط شود (مسالك، ج ۱، ص ۲۲۹).

ولی به نظر می‌رسد؛ در این قبیل موارد اصل عدم لزوم است زیرا قبل از شرط عدم فسخ، مالک حق رجوع داشت بعد از شرط مزبور تردید می‌کنیم که آیا مالک حق رجوع و فسخ را دارد یا نه اصل بقاء حق است. مضافاً این که شرط لزوم در ضمن عقد لازم دیگر، بر خلاف شان عقد جایز هم هست زیرا شان عقد اذنی این است که مالک مسلط بر فسخ باشد. پس این شرط بر خلاف مقتضای ذات عقد اذنی است، ممکن است اشکال کنیم و بگوییم ما بالعرض باید منتهی به مابالذات بشود؛ وقتی عدم فسخ در ضمن عقد لازم شرط می‌شود ما بالعرض منتهی به مابالذات شده و مثل عقد لازم تبدیل به لازم خواهد شد (منیه الطالب، همان منبع). در دفع این اشکال می‌گوییم بعید است استدلال‌های فلسفی در امور حقوقی که اعتباری هستند و چندان مبتنی بر دقت عقلی نیستند مقبول باشد به هر حال به طریق اولی اگر ضمن عقد جایز شرط عدم فسخ شود این شرط فایده‌ای نخواهد داشت زیرا به قول محقق نائینی کل ما بالغير لابد ان ینتهی الی ما بالذات.

وقتی عقدی که در ضمن آن شرط لزوم شده، خودش لازم نیست چگونه می‌تواند جایز را تبدیل به لازم کند، دوم:

عقود تنجیزی: در عقد تنجیزی اثر عقد معلق بر چیزی نشده و به مجرد انشا عقد اثر آن نیز ظاهر خواهد شد مثل بیع، اجاره، صلح و امثال آن که ذاتاً و طبعاً مقتضی تعلیق نیستند؛ در این عقود بحث می‌کنیم، آیا استصحاب اثر عقد به دنبال فسخ یکی از طرفین درست است یا نه؟ و به فرض آن که استصحاب جاری شود آیا این استصحاب، با استصحاب بقاء علاقه مالک قبلی در تعارض نیست؟ و آیا استصحاب بقاء علاقه مالک اول به عین حاکم بر استصحابی که نتیجه‌اش لزوم عقد است نخواهد بود؟

برای توضیح این مساله لازم است که بدانیم بر خلاف بعضی از فقهای عامه که رویت مبیع را مقارن با عقد شرط می‌دانند و می‌گویند اگر طرفین سابقاً مبیع را رویت کرده باشند ولی مبیع مقارن عقد غایب باشد بیع باطل است؛ فقهای امامیه مشاهده و رویت سابقه را برای رفع جهل و غرر کافی می‌دانند البته به شرط آن که مبیع عادتاً در طول این مدت تغییر نکند؛ حال اگر بعد از قبض و اقباض، مشتری مدعی تغییری شود که موجب خیار باشد قول او با سوگندش پذیرفته خواهد شد؛ زیرا اصل بقاء ید او بر ثمن است پس او به منزله منکر خواهد بود و بایع به منزله مدعی که اقامه بینه و وظیفه مدعی و سوگند وظیفه منکر است (روضه، ج ۳۱، ص ۲۷۳).

مقصود از ذکر مثال مزبور این است که شهید ثانی برای توجیه فتوای مشهور که می‌گویند: «اگر مشتری مدعی تغییر مبیع از حیث نقصان باشد قول او با قسم پذیرفته می‌شود» به استصحاب بقاء علاقه مالک اول که موجب خیار و نفی لزوم است، استدلال می‌کند اما این استدلال ضعیف است زیرا وقتی عقد بیع صحیحاً منعقد شد ید مشتری بر ثمن زائل می‌شود و در نزد او تا تحقق قبض و اقباض به نحو امانی باقی می‌ماند و سلطنت بایع بر ثمن محقق خواهد شد. به همین دلیل است که بعضی از فقها در مساله مزبور تقدیم قول بایع را تقویت کرده و گفته‌اند اصل عدم تغییر است، که بازگشت آن به اصل لزوم عقد می‌باشد (مکاسب، ص ۱۹۹).

سوم: عقودهای تعلیقی: منظور ما از عقودهای تعلیقی عقودهایی هستند که ذاتاً و طبعاً معلق هستند یعنی بدون تعلیق محقق نخواهند شد مثل عقد مسابقه، عقد مراسم، مسافه، جعاله و غیر آن؛ در این قبیل عقودها هم باید تحقیق کنیم که آیا استصحاب قابل اجرا می‌باشد یا خیر؟ در عقودهای مزبور، مالکیت بالفعل و منجزاً انشاء و ایجاد نمی‌شود بلکه مالکیت معلق بر سبقت گرفتن و غلبه است؛ چنانچه استصحاب تعلیقی را حجت بدانیم جریان استصحاب در این عقود بلااشکال است اکنون که بحث به استصحاب تعلیقی رسید بی فایده نیست که اختصاراً بررسی کنیم آیا این استصحاب از اساس و مبنایی برخوردار است یا نه؟

استصحاب تعلیقی یا تقدیری به استصحابی گفته می‌شود که وجود چیزی معلق بر وجود چیزی دیگر شده باشد مثلاً حرمت نوشیدن آب انگور معلق است بر غلیان و جوش آمدن؛ حال اگر انگور خشک و تبدیل به کشمش شود آیا حرمت معلق بر غلیان به قوت خود باقی خواهد بود؟ یعنی اگر کشمش جوشانده شود آیا حرمت خوردن آن استصحاب خواهد شد یا باید اباحه سابقه استصحاب شود؟ چنانچه قابلیت وجود را کافی بدانیم استصحاب حرمت بلااشکال خواهد بود.

ولی به نظر می‌رسد استصحاب تعلیقی فاقد مبنا و اساس است زیرا به دلیل روایات و حتی عقل برای اجرای استصحاب باید ثبوت چیزی در زمان سابق محرز و مسلم باشد صرف

قابلیت وجود کافی برای اجرای استصحاب نخواهد بود.

هر چند بعضی از اعیان و بزرگان علم اصول استصحاب تعلیقی را حجت نمی‌دانند اما عقیده دارند در عقدهای تعلیقی اجرای استصحاب بلااشکال است زیرا بعد از انعقاد عقد تعلیقی این عقد دارای آثاری است که قبل از انعقاد فاقد آن بود، پس اصل بقاء اثر است (حاشیه آخوند خراسانی بر مکاسب، ص ۸۱).

اشکال استدلال مذکور این است که بعد از انعقاد عقد تعلیقی، چه اثری بر آن مترتب شد تا بتوان بقاء آن را استصحاب کرد مگر نه این است که عقد به مجرد انشا باید متضمن تملیک باشد یا تسلیط تا بتوان بقاء آن را استصحاب کرد. شاید به همین جهت است که شیخ انصاری اصل عدم لزوم را در این قبیل عقدها مستحسن شمرده است؛ فلذا به نظر می‌رسد در عقدهای تعلیقی با استصحاب نمی‌توان لزوم عقد را اثبات کرد البته شاید اشکال بر شیخ انصاری وارد باشد که چرا ایشان با وجود این که استصحاب تعلیقی را در رسائل حجت می‌دانند جریان استصحاب را در عقدهای تعلیقی نمی‌پذیرد.

### فصل دوم: نوع استصحاب

دانستیم که با اجرای استصحاب فقط می‌توان صفت لزوم را برای عقد تنجیزی اثبات کرد به خلاف عقد تعلیقی و عقد امانی؛ اما منظور از این استصحاب چه استصحابی است؟ آیا هم در شبهات حکمی و هم شبهات موضوعیه می‌توان به اصل لزوم رجوع کرد یا فقط در شبهات حکمی یا فقط در شبهات موضوعیه یعنی آیا فقط در جایی به این اصل رجوع می‌کنیم که در حکم شارع و قانون‌گذار تردید داشته باشیم یا فقط در عقدی که در خارج منعقد شده و نمی‌دانیم لازم است یا جایز و یا در هر دو مورد؟ لذا مناسب است مطالب این فصل را ذیل دو عنوان دنبال کنیم.

#### اول: نوع استصحاب

مستصحب گاهی امر جزئی است و گاهی کلی؛ از این نظر استصحاب را به استصحاب کلی و جزئی می‌توان تقسیم کرد؛ چنانچه در امر جزئی یقین سابق را در زمان لاحق همراه خود کنیم به آن استصحاب شخصی یا جزئی می‌گوییم مثل حیات زید که در زمان سابق یقینی و در زمان لاحق مشکوک بوده است. در این جا امر جزئی را استصحاب کردیم زیرا زید جزئی و شخصی است اما اگر متیقن سابق، کلی باشد مثل انسان، انسان کلی است یعنی مصادیق عدیده دارد. چنانچه کلی انسان در ضمن زید در جایی محقق شد آن گاه در بقاء انسان در آن مکان دچار شک شویم و بقاء انسان را استصحاب کنیم به آن استصحاب کلی می‌گوییم،



استصحاب کلی خود بر سه قسم است:

قسم اول: کلی در ضمن شخص محقق شده که شک در بقاء آن، ناشی از شک در بقاء شخص است مثلاً شک در بقاء حیات انسان ناشی از شک در بقاء زید باشد آن جا که کلی انسان در ضمن زید محقق شده باشد؛ از آنجا که با استصحاب حیات زید، شک در بقای انسان از بین خواهد رفت لذا این استصحاب حجت است؛ اما این استصحاب در اصله اللزوم چندان مطمح نظر نیست.

قسم دوم: کلی در ضمن فردی محقق شده باشد که نمی‌دانیم آن فرد قابلیت و استعداد بقاء را دارد یا نه؟

مثلاً کلی حیات در ضمن حیوانی محقق شده اما نمی‌دانیم که آیا آن فرد از عمر طولانی برخوردار است تا هنوز کلی باقی باشد یا در ضمن فردی که عمرش کوتاه بوده محقق شده که قطعاً آن فرد از بین رفته است؛ این استصحاب منظور ما در اصل لزوم است.

قسم سوم: کلی در ضمن فردی محقق شده باشد آن گاه فردی که کلی در ضمن آن محقق شده از بین رفته باشد، آنگاه شک کنیم آیا هنوز کلی باقی است یا نه؟ چون احتمال می‌دهیم که فرد دیگری جایگزین آن فرد شده است.

بدیهی است چون اصل عدم جایگزین شدن فرد دیگر می‌باشد پس استصحاب کلی قسم سوم معقول به نظر نمی‌آید؛ پس این قسم هم نمی‌تواند مورد نظر باشد؛ با توجه به مطالب فوق آیا منظور از استصحاب اثر عقد استصحاب شخص (= جزیی) است. یا استصحاب کلی اثر؟

به نظر می‌رسد که به حسب مورد می‌توان استصحاب شخص و استصحاب کلی را جاری کرد و استصحاب کلی قسم اول و قسم دوم به شرحی که خواهد آمد منطقی خواهد بود.

### دوم: اثبات حکم لزوم

با تمسک به استصحاب هم می‌توان صفت لزوم را برای کلی عقد اثبات کرد و هم برای شخص عقد به این توضیح که اگر شک کردیم که آیا عقد بیع یا عقد نکاح صرف نظر از مورد خاص لازم است جایز؟ و اماره اجتهادی که حکم لزوم یا جواز را اثبات کند با تمسک به استصحاب اثر عقد که در بیع، حصول ملک است و در نکاح حلیت تمتع می‌توان حکم لزوم را برای عقد اثبات کرد؛ با این توضیح معلوم می‌شود که استصحاب می‌تواند حکم واقعه کلی را بیان کند؛ و در این مورد شبهه حکمیه است و استصحابی که جاری خواهد شد استصحاب کلی قسم اول است زیرا چنان که گفتیم در این قسم هم استصحاب بقاء کلی صحیح است و هم استصحاب بقاء شخصی که کلی در ضمن آن محقق شده است.

همچنین اگر عقدی در خارج محقق شود (= شخصی، جزئی) آن گاه شک کردیم که آیا عقد مزبور هبه بوده است تا جایز باشد یا بیع تا لازم؛ در اینجا هم با استصحاب اثر عقد می‌توان لزوم را اثبات کرد. در اینجا استصحاب کلی قسم دوم است؛ استصحاب شخص معنا ندارد زیرا نمی‌دانیم عقد موجود بیع بوده است تا آثار عقد بیع را بعد از فسخ یک‌جانبه استصحاب کنیم؛ یا هبه تا آثار عقد هبه را، بلکه قدر مشترک و جامع بین آن دو عقد مثلاً مالکیت را استصحاب می‌کنیم و می‌گوییم با فسخ یک طرفه، مالکیت مالک دوم زائل نشده؛ فلذا آثار مختص به بیع مثل حق شفعه و مانند آن را نمی‌توان اثبات کرد و گفت شفیع می‌تواند اخذ به شفعه کند زیرا چنین استصحابی از مصادیق استصحاب فرد مردد است که حجت و معتبر نیست.

البته جریان استصحاب کلی قسم دوم در مثال مذکور وقتی درست است که سلیم از معارض باشد؛ مثل این که عقد خارجی مردد بین هبه و صدقه باشد؛ چنانچه قصدش از تملیک، تحصیل رضای خداوند باشد صدقه خواهد بود و ثواب به منزله عوض خواهد بود و رجوع از آن جایز نخواهد بود اما اگر عین را بدون توجه به تحصیل رضای خداوند تملیک کرده باشد عقد جاری شد هبه خواهد بود که تا عین باقی است مالک اول حق رجوع خواهد داشت مگر آن که هبه به ذی رحم باشد؛ در این مثال از آنجا که اصل عدم قصد قربت است این اصل مقدم بر اصل استصحاب اثر عقد می‌باشد زیرا شک در لزوم و جواز مسبب از شک در قصد تقرب و تحصیل رضای خداوند است و اصل عدم آن است پس اصل سببی بر اصل مسببی حکومت پیدا خواهد کرد و استصحاب اثر عقد بدون موضوع باقی می‌ماند (مکاسب، ص ۲۱۶).

### نتیجه

چنانچه در صورت شک در حکم شارع مبنی بر لزوم عقدها نتوان به کمک امارات اجتهادی صفت لزوم را اثبات کرد به برکت استصحاب می‌توان آن را اثبات کرد البته به شرط آن که عقد تنجیزی باشد و الا در عقد تعلیقی اصح این است که نمی‌توان با اجرای

استصحاب لزوم را اثبات کرد زیرا این عقدها به هنگام انشاء متضمن تملیک یا تسلیط نیستند تا بقاء آن را بتوان استصحاب کرد؛ و در عقد خارجی هم می‌توان با استصحاب کلی قسم دوم لزوم را برای آن عقد اثبات کرد مشروط بر آن که با اصل موضوعی دیگری در تعارض نباشد.

## منابع و مأخذ

۱. علامه حلی، **تذکره الفقهاء**، چاپ افست ناشر کتاب فروشی مرتضوی.
۲. شیخ طوسی، **تبیان**، چاپ بیروت، ناشر دارالاحیاء.
۳. شیخ علی کرکی، محقق دوم، **جامع المقاصد**، چاپ افست، ناشر انتشارات جهان.
۴. ادریس حلی، **سراقر**، چاپ افست، ناشر، صدر.
۵. انصاری، شیخ مرتضی، **رسائل محشی**، چاپ افست.
۶. شهید دوم، **روضه البهیه**، چاپ بیروت.
۷. امین استر آبادی، محمد، **فوائد المدینه**، ناشر آبادی، ناشر جامعه مدرسین.
۸. بجنوردی، سید میرزا حسن، **القواعد الفقیه**، (۱۳۹۳)، ناشر مکتبه الصدر.
۹. **منیه الطالب**، تقریرات نائینی، چاپ افست، ناشر؟
۱۰. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، چاپ تبریز بخط طاهر خوشنویس.
۱۱. علامه حلی **مختلف الشیعه**، چاپ افست، ناشر کتابفروشی نینوا.
۱۲. فاضل طریحی، **مجمع البحرین**، چاپ افست، ناشر، کتابفروشی مرتضوی.
۱۳. شهید دوم، **مسالك الافهام**، چاپ افست، ناشر، کتابفروشی مرتضوی.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «بحثی پیرامون حجیت اخبار آحاد»، سال ۷۳، شماره ۳۲؛ «بحثی پیرامون ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰»، سال ۷۳، شماره ۳۳؛ «شرط ابتدایی»، سال ۷۷، شماره ۳۹؛ «بررسی پاره‌ای از اشتباهات قانون مجازات اسلامی»، سال ۷۸، شماره ۴۳؛ «نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی (عدم النفع) سال ۸۰، شماره ۵۲. «ملازمه بین نفوذ فعل در حق غیر و نفوذ اقرار به آن» سال ۸۴، شماره ۷۰. «مشروعیت عزل دین و آثار آن»، سال ۱۳۸۶، شماره ۴.